

68. El párrafo 3 trata de un primer tipo de excepciones al principio *non bis in idem*: son los casos en que un hecho juzgado como crimen de derecho común en un Estado corresponde a uno de los crímenes previstos en el código. Un ejemplo clásico es el de los actos inicialmente calificados de homicidio, pero que corresponden después a la definición de genocidio. En tal caso el individuo de que se trate podrá ser juzgado de nuevo por un tribunal nacional o, según el caso, por un tribunal penal internacional. La expresión «podrá ser juzgado» significa que esta disposición no entraña obligación. En cuanto a los corchetes que encierran las palabras «un tribunal penal internacional o», no son la expresión de un desacuerdo en el seno del Comité de Redacción, sino simplemente la indicación del carácter provisional de este aspecto del texto por las razones de todos conocidas. Como muestran sus primeras palabras, el párrafo 3 no está destinado a aplicarse más que dentro de los límites generales fijados en el párrafo 2. Finalmente, debe entenderse sin perjuicio del principio de irretroactividad enunciado en el proyecto de artículo 8.

69. El párrafo 4 se refiere a un segundo tipo de excepciones, siendo aquí la idea que el Estado en cuyo territorio se ha cometido un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad o que es la víctima principal de tal crimen, tiene particular interés en que se castigue a su autor. Se prevé pues que el principio *non bis in idem* no impide al Estado donde se ha cometido el crimen o al Estado víctima iniciar un procedimiento penal en razón de los hechos que ya han sido juzgados por un tribunal extranjero.

70. A juicio de algunos miembros del Comité de Redacción, en la presente etapa se debería haber dejado el párrafo 4 entre corchetes dado que no se había descartado la posibilidad de añadir al proyecto un artículo dedicado a la prioridad de jurisdicción entre los Estados. Según ellos, era posible resolver esta cuestión en el marco de la aplicación del principio *non bis in idem*, lo que obligaría a volver sobre el párrafo 4. No obstante, la mayoría de los miembros del Comité ha llegado a la conclusión de que, sea cual fuese el sistema que el código establezca en materia de prioridad de jurisdicción, el principio de la territorialidad, universalmente reconocido, sería sin duda uno de los elementos esenciales.

71. En el párrafo 5 se enuncia un principio consagrado en varias convenciones regionales de fecha reciente y que se aplica en muchas legislaciones bajo la forma de una regla según la cual los períodos de detención provisional se deducen de la duración de la pena impuesta. La regla formulada en el párrafo 5 se aplica a la vez a los fallos de los tribunales nacionales y a los de los tribunales internacionales.

72. El Sr. Barboza (2082.ª sesión) ha señalado ciertas incoherencias de terminología —empleo de la palabra «crimen» en el párrafo 2 del artículo 4 y de la palabra «hechos» o «acte» en francés en diferentes párrafos del artículo 7—. El Sr. Tomuschat precisa que el acto corresponde a una noción objetiva, lo que una persona ha hecho, mientras que el término «crimen» denota una cualificación jurídica. Mientras el interesado no haya sido condenado es preferible hablar de «acto» a fin de dejar en su lugar la presunción de inocencia. La única incoherencia reside en que en el artículo 7 la palabra

«hecho» se emplea unas veces en singular y otras en plural.

73. El Sr. THIAM sugiere que se sustituya en el texto francés del párrafo 5 la palabra «acte» por «fait», que puede designar a la vez el acto y la omisión.

74. El Príncipe AJIBOLA propone que en el párrafo 1 se suprima la expresión *liable to* y que en los párrafos 2 y 3 se sustituya la palabra *act* por la expresión *alleged crime* (presunto crimen). Propone también que en el párrafo 2 se añadan después de la palabra *convicted* las palabras *and sentenced* y que se suprima la frase *it has been enforced* (se haya cumplido o). Propone además que en el párrafo 4 se suprima el verbo *punish* (y castigar) y en el apartado *a* se añada la palabra *valid* antes de la palabra *judgment*. Propone finalmente que se modifique la segunda parte del párrafo 5 como sigue: *shall deduct any period of detention pending trial...* (deducirá, al dictar sentencia, todo período de detención en espera de juicio...). El Príncipe Ajibola expondrá ulteriormente las razones de estas diversas propuestas.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

2084.ª SESIÓN

Jueves 21 de julio de 1988, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH

Miembros presentes: Príncipe Ajibola, Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) [A/CN.4/404², A/CN.4/411³, A/CN.4/L.422]

[Tema 5 del programa]

PROYECTOS DE ARTICULOS
PROPUESTOS POR EL COMITÉ DE REDACCION
(continuación)

ARTICULO 7 (Cosa juzgada)⁴ (continuación)

1. El Sr. McCaffrey dice que aprueba en principio el artículo 7, pero desea hacer algunas observaciones

¹ El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

² Reproducido en *Anuario...* 1987, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario...* 1988, vol. II (primera parte).

⁴ Para el texto, véase 2083.ª sesión, párr. 63.

sobre aspectos concretos. El título del artículo, en el texto inglés (*Non bis in idem*), expresa un concepto jurídico generalmente reconocido, pero que no sería de fácil comprensión en muchos países, incluido el suyo propio, en el que suele utilizarse la expresión *double jeopardy*.

2. El párrafo 1 es muy importante, ya que establece una excepción al resto del artículo: si alguien ha sido condenado o absuelto por un tribunal penal internacional, esa persona no podrá ser juzgada de nuevo, ni siquiera en las condiciones enunciadas en los párrafos 3 y 4. Pero el párrafo 1 no especifica lo que constituye un tribunal penal internacional. Probablemente, pues, un pequeño grupo de Estados podría decidir constituirse en tribunal penal internacional a los efectos de eximir de culpa a una determinada persona. Como la Comisión no tiene ciertamente la intención de permitir juicios amañados, quizás podría aclarar en el comentario que el tribunal penal internacional a que se refiere es uno que haya sido aceptado por la comunidad internacional o las partes en el código.

3. Conviene en que es demasiado pronto para ocuparse de la cuestión objeto del párrafo 4, a saber, la competencia y el orden de prelación. Este género de excepciones al principio de la cosa juzgada puede dar pie a abusos, especialmente en las circunstancias muy variables que rodean un supuesto crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por eso se reserva su posición con respecto al párrafo 4, hasta que se hayan introducido nuevos retoques en el proyecto.

4. El Sr. BARBOZA dice que acepta la explicación que ha dado el Presidente del Comité de Redacción (2083.ª sesión) acerca del empleo del término «hechos» en el apartado *a* del párrafo 4 del artículo 7 y toma nota de la declaración del Relator Especial (*ibid.*) de que en el texto francés del párrafo 5 se sustituirá la palabra «acte» por «fait». Sin embargo, el enunciado del párrafo 2 todavía le inspira recelos. No tiene sentido decir que «nadie podrá ser juzgado ni castigado por un crimen penado por el presente Código en razón de un hecho por el que ya hubiere sido absuelto o condenado». Una persona es condenada o absuelta, no en razón de un hecho, sino de un hecho tipificado como crimen con arreglo al ordenamiento jurídico aplicable. Un hecho determinado puede, por supuesto, ser tipificado de manera diferente en las distintas legislaciones nacionales y en el proyecto de código. Pero, para mayor claridad, habrá que modificar el texto del párrafo 2; propone que, en el texto francés, se sustituya la palabra «fait» por «fait réputé un crime», y que en el texto español se sustituya el término «hecho» por «hecho reputado como crimen».

5. No alcanza a comprender por qué el párrafo 1 del artículo 7 figura entre corchetes y no el párrafo 3 del artículo 4; agradecería que se le explicase ese punto.

6. El Sr. TOMUSCHAT (Presidente del Comité de Redacción) manifiesta que el título del artículo 7 ha sido elegido por consejo de los miembros de habla inglesa del Comité de Redacción, pero no ve ningún motivo que impida que se modifique si de esa forma ha de resultar más fácilmente comprensible; acogerá con agrado cualquier sugerencia. El título español «Cosa juzgada» ha sido elegido precisamente por haberse estimado inadecuado el uso de la expresión latina.

7. En respuesta a las numerosas cuestiones planteadas por el Príncipe Ajibola (2083.ª sesión), se limitará a señalar que el Comité de Redacción optó por ajustarse al enunciado del párrafo 7 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a fin de reducir al mínimo el número de nuevas formulaciones y que la norma enunciada en el párrafo 5 del proyecto de artículo 7 se basa en las disposiciones de varios tratados recientes.

8. En cuanto a la preocupación del Sr. McCaffrey de que un grupo de Estados podría sostener que constituye un tribunal penal internacional para eximir de culpa a una persona concreta, convendría explicar en el comentario que un tribunal penal internacional, en el sentido del artículo 7, no es un tribunal constituido arbitrariamente.

9. La razón por la cual el párrafo 1 del artículo 7 figura entre corchetes es que *presupone* la creación de un tribunal penal internacional, mientras que el párrafo 3 del artículo 4 se limita a indicar que otras disposiciones se entienden *sin perjuicio* de la creación de un tribunal de esa naturaleza.

10. En cuanto a la propuesta de redacción del Sr. Barboza, relativa al párrafo 2, no alcanza en verdad a ver ningún defecto en el actual texto inglés. Es perfectamente razonable que una persona sea juzgada por un hecho; el hecho constituye en realidad el objeto material del proceso. No obstante, cabe que exista un problema en el texto francés.

11. Ciertas contradicciones de forma pueden atribuirse al hecho de que la Comisión trabaja sobre la base de una doble hipótesis: el establecimiento de la jurisdicción universal o de un tribunal penal internacional. Al no haberse resuelto ninguna de esas cuestiones, la Comisión tropezará forzosamente con dificultades para reunir las dos hipótesis de trabajo en un texto único que sea legible.

12. Por lo que hace a la enmienda al párrafo 4 presentada informalmente por el Sr. Eiriksson, no ve que represente ninguna ventaja respecto del texto propuesto por el Comité de Redacción. A su juicio, los únicos cambios de forma que deberían introducirse en el artículo 7 son la sustitución en el párrafo 3 y en el apartado *a* del párrafo 4 del plural «los hechos» por el singular «el hecho».

13. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra como miembro de la Comisión, dice que, a su parecer, la enmienda del Sr. Eiriksson tenía por objeto lograr la concordancia entre el párrafo 4, que dice «un Estado podrá enjuiciar y castigar a una persona», y el párrafo 3, que dice «cualquier persona podrá ser juzgada y castigada».

14. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que ésta ha sido también su interpretación del objeto de la enmienda del Sr. Eiriksson.

15. En cuanto a la objeción del Sr. Barboza al empleo del término *fait* en el párrafo 2 señala, aun estando de acuerdo en principio, que habrá casos —por ejemplo en el artículo 12 sobre la agresión— en que no se podrá utilizar el término *crime* y será preferible emplear *fait*,

puesto que incumbirá al juez decidir si el hecho constituye o no un crimen.

16. El Sr. AL-BAHARNA sugiere que se intente incluir una variante del título en inglés, aunque sólo sea entre paréntesis.

17. Sería posible mejorar considerablemente el párrafo 2 y ponerlo en consonancia con el párrafo 1 si se suprimiera la confusa y superflua cláusula que dice «a condición de que, en caso de condena, se haya cumplido o se esté cumpliendo la pena impuesta»; las palabras precedentes, «que ya hubiere sido absuelto o condenado», bastan para dar a entender que se ha impuesto, se ha cumplido o se está cumpliendo el castigo.

18. El Sr. BARBOZA sigue sin poder aceptar el texto actual del párrafo 2. Decir que una persona ha sido condenada o absuelta «en razón de un hecho» no tiene jurídicamente ningún sentido; se condena por crímenes, no hechos, y ello se aplica tanto al término «fait» en el texto francés como al término «hecho» en el texto español.

19. El Sr. McCAFFREY dice estar de acuerdo. En cuanto al título del artículo, no ha propuesto ninguna enmienda, sino que se ha limitado a señalar que la expresión *non bis in idem* no será entendida en su país. No obstante, si el título es aceptable para el Comité de Redacción, está dispuesto a aceptarlo también.

20. Pregunta por qué se ha suprimido al comienzo del párrafo 1 del texto inglés la palabra «again», que figura en el párrafo 7 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No cree que dicha palabra sea indispensable en ese contexto, pero se pregunta si la omisión es intencional.

21. El PRESIDENTE explica que el término inglés «again» figuraba efectivamente en el texto original del proyecto de artículo 7, pero que fue suprimido por indicación de los miembros de habla inglesa del Comité de Redacción, que lo consideraron innecesario.

22. El Sr. TOMUSCHAT (Presidente del Comité de Redacción) dice que la enmienda del Sr. Eiriksson al párrafo 4, tendiente a armonizar su enunciado con el del párrafo 3, es aceptable a condición de que se incluyan al final de esa cláusula las palabras «en razón de un crimen penado por el presente Código».

23. En respuesta a la observación del Sr. Al-Baharna, relativa a la cláusula final del párrafo 2, dice que se incluyó en esa disposición porque una sentencia condenatoria formal sin la firme intención de castigar no se considera suficiente; es necesario un criterio de autenticidad, y el cumplimiento de la pena constituye ese criterio. El enunciado de esa cláusula, como ya indicó en sus observaciones (2083.ª sesión), se basa en un reciente convenio adoptado por los 12 Estados miembros de la CEE. En cuanto a la observación del Sr. Barboza, apoyada por el Sr. McCaffrey, no advierte personalmente ningún defecto en el texto del párrafo 2, aunque tiene que reconocer que no es un penalista.

24. El Príncipe AJIBOLA dice que se opone al empleo en el proyecto de código de cualquier término que no sea el de «crimen». De ser necesario, se puede utilizar la expresión «presunto crimen», pero cualquier otro término debilitaría el texto y sería fuente de confusión.

También pone en entredicho las referencias al juicio; sería más lógico hablar de procesamiento.

25. El PRESIDENTE dice que los términos empleados se ajustan al modelo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento que ha sido ratificado por 87 Estados. En el comentario se incluirá una explicación apropiada. La observación formulada por el Sr. Barboza respecto al párrafo 2 se hará constar en el acta resumida de la sesión y podrá volver a tratarse en segunda lectura.

26. El Sr. MAHIU, en respuesta a una cuestión planteada por el Príncipe AJIBOLA, sugiere que se haga más explícito el texto del párrafo 5 mediante la inclusión de una referencia a las excepciones al principio de la cosa juzgada establecidas en los párrafos 3 y 4.

27. El Sr. TOMUSCHAT (Presidente del Comité de Redacción) dice que abriga algunos recelos acerca de esa propuesta, ya que la norma enunciada en el párrafo 5 se aplicaría también a un tribunal penal internacional. Por consiguiente, quizás fuera mejor dejar el párrafo tal como está redactado.

28. El Sr. McCAFFREY sugiere, en relación con el párrafo 2, que para tener en cuenta la observación del Sr. Barboza de que se absuelve o condena a una persona no por un hecho, sino por un crimen, se sustituyan las palabras «por el que» por «sobre la base del cual», y si incluyan las palabras «por un crimen» antes de «en virtud de sentencia firme». No insistirá en esa enmienda si resulta ser inaceptable, pero le gustaría que se hiciera constar en acta.

29. El Sr. THIAM (Relator Especial) no puede aceptar esa enmienda si se pretende que se aplique asimismo al texto francés del párrafo 2.

30. El Sr. AL-BAHARNA preferiría también que el párrafo 2 se dejara como está. La inclusión de las palabras «por un crimen», propuesta por el Sr. McCaffrey, sería reiterativa, puesto que el párrafo ya contiene las palabras «juzgado ni castigado por un crimen», y que está implícito en el término «absuelto» que la persona absuelta lo ha sido de un crimen. Además, de adoptarse esa enmienda, tendría que introducirse también en el párrafo 1, donde se emplean las mismas palabras.

31. El Príncipe AJIBOLA desearía que el Relator Especial volviera a examinar el enunciado del párrafo 5 y estudiara la posibilidad de incluir las palabras «los párrafos 3 y 4 del» antes de las palabras «presente Código», con objeto de establecer el nexo necesario entre el párrafo 5 y las cuestiones sobre las que versa. El párrafo 1 afirma inequívocamente que nadie podrá ser juzgado ni castigado en razón de un crimen penado por el presente Código por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional, y efectivamente la esencia misma del principio de la cosa juzgada es que nadie puede ser castigado dos veces por el mismo crimen. Por eso, el párrafo 5, tal como está redactado, no parece muy lógico.

32. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que la idea en que se basa el texto es que la regla de la cosa juzgada

no puede invocarse ante un tribunal penal internacional, sino sólo ante un tribunal nacional. El primero podría volver a juzgar a una persona si lo estimara necesario o si se le remitiera el asunto. La palabra «deducirá», en el párrafo 5, presupone que ha habido otro juicio. En consecuencia, para tener en cuenta la observación del Príncipe Ajibola, tal vez se podrían incluir las palabras «al fallar por segunda vez» después de las palabras «el tribunal deducirá».

33. El Sr. MAHIU dice que, aunque ha expresado que no insistiría en su enmienda, en vista del debate opina que permitiría atender las objeciones formuladas por el Príncipe Ajibola y no impediría que el tribunal penal internacional fallara la cuestión, puesto que la competencia de ese Tribunal se reconoce en el párrafo 3 del artículo 7.

34. El PRESIDENTE sugiere que la Comisión suspenda brevemente la sesión para celebrar consultas oficiales.

Se suspende la sesión a las 16.30 horas y se reanuda a las 17 horas.

35. El Sr. THIAM (Relator Especial) propone, habida cuenta de las consultas que ha celebrado con el Presidente y el Presidente del Comité de Redacción, que se modifique el texto del párrafo 5 del artículo 7 de la manera siguiente:

«Cuando un individuo sea condenado por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, cualquier tribunal que juzgue a ese individuo por segunda vez en virtud del presente Código deducirá, al dictar sentencia, toda pena impuesta y ejecutada como consecuencia de una condena anterior por el mismo hecho.»

36. El Sr. RAZAFINDRALAMBO sugiere que, en el texto francés, se sustituyan las palabras «saisi une deuxième fois» por «saisi en deuxième lieu».

37. El Príncipe AJIBOLA propone que se sustituyan las palabras «cualquier tribunal que juzgue a ese individuo por segunda vez en virtud del presente Código» del nuevo texto por «cualquier tribunal que ulteriormente juzgue a ese individuo en virtud del presente Código».

38. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que para poner el texto francés en consonancia con esa enmienda y tener en cuenta también la enmienda propuesta por el Sr. Razafindralambo se podrían sustituir las palabras «saisi une deuxième fois» por «statuant en deuxième lieu».

39. El Sr. TOMUSCHAT (Presidente del Comité de Redacción) dice que ninguna de las propuestas le parece totalmente satisfactoria. La mejor solución, por lo tanto, sería que se elaborase un nuevo texto del párrafo 5 para que la Comisión la examinará en la sesión siguiente.

40. El Sr. BARSEGOV exhorta a los miembros de la Comisión a que acepten en principio el texto del artículo 7 y a que no se demoren sobre cuestiones de redacción poco importantes.

41. El Sr. AL-BAHARNA propone, para evitar que se prolongue el debate sobre el artículo 7, que la Comisión

apruebe ese artículo, sin perjuicio del examen de un texto revisado del párrafo 5 en la sesión siguiente.

42. El Sr. EIRIKSSON preferiría que no se aprobara por el momento el artículo 7, pues su interpretación de los efectos del párrafo 2 es diferente de la del Presidente del Comité de Redacción y el Relator Especial y desearía volver a ello en la próxima sesión.

43. El PRESIDENTE sugiere que la Comisión aplace el debate sobre el artículo 7, en la inteligencia de que dispondrá de un texto revisado en la sesión siguiente.

Así queda acordado.

ARTÍCULO 8 (Irretroactividad)

44. El Sr. TOMUSCHAT (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 8⁵ propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

Artículo 8.—Irretroactividad

1. Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos cometidos antes de la entrada en vigor de éste.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio ni la condena de cualquier individuo por actos que, en el momento de cometerse, se consideraban criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional aplicable de conformidad con el derecho internacional.

45. El artículo 8 propuesto por el Relator Especial constaba de dos párrafos, el primero de los cuales obtuvo una aprobación general, pero el párrafo 2 dio lugar en el Pleno a opiniones diferentes. El Comité de Redacción ha tratado de superar la dificultad volviendo a redactar el párrafo 1 de forma que el párrafo 2 resultara innecesario. No obstante, ha llegado a la conclusión de que es preferible conservar la estructura actual del artículo.

46. El párrafo 1 enuncia el principio fundamental de derecho penal *nullum crimen sine lege*. El Comité de Redacción ha decidido que, al definir el alcance del párrafo tanto *ratione materiae* como *ratione temporis*, el punto de referencia debe ser el código mismo y no los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por eso ha suprimido las palabras «que [...] no constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad» del texto anterior e incluido en su lugar las palabras «en virtud del presente Código». Ha suprimido también la referencia al tiempo de la comisión del crimen y la ha sustituido por una referencia al tiempo de la entrada en vigor del código. En el texto inglés se han sustituido las palabras «No person may» por «No one shall», que es la expresión empleada en las disposiciones correspondientes de los distintos instrumentos internacionales, en particular, el párrafo 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Redacción ha sustituido, tanto en el párrafo 1 como en el párrafo 2, las palabras «acción u omisión» por la palabra «actos», en

⁵ Para el texto presentado por el Relator Especial y un resumen del debate de la Comisión en su periodo de sesiones anterior, véase *Anuario... 1987*, vol. 11 (segunda parte), pág. 11, nota 26 y párrs. 40 a 43.

la inteligencia de que más adelante se incluirá una disposición por la que se indique que la palabra «acto» abarca tanto las acciones cuanto las omisiones. Si ese criterio es aceptable para la Comisión, habría que introducir el cambio, correspondiente en los artículos 2 y 3, aprobados provisionalmente en el anterior período de sesiones⁶.

47. En lo que se refiere al párrafo 2, el Comité de Redacción se ha guiado por dos consideraciones fundamentales. Por una parte, ha querido asegurarse de que el artículo 8 no impedirá la persecución de crímenes cometidos antes de la entrada en vigor del código pero punibles en el tiempo de su comisión sobre una base distinta del código. Por otra parte, el Comité ha querido velar porque el párrafo 2 no dé plena licencia para la persecución de actos cuya naturaleza criminal no se funde en una sólida base jurídica. El Comité de Redacción ha considerado que la fórmula «criminales según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional» del texto anterior carece de la precisión necesaria de un instrumento penal. Por eso ha sustituido esa fórmula por las palabras «criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional aplicable de conformidad con el derecho internacional». La primera parte de esa fórmula se explica por sí misma; la segunda pretende abarcar los múltiples casos en que los Estados, antes de la entrada en vigor del código, ya han considerado alguno de los actos a que se refiere punible como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad en virtud de su propia legislación nacional. Esa posibilidad, que el nuevo texto propuesto permite, está sujeta, sin embargo, a la condición de que el derecho nacional de que se trate sea conforme al derecho internacional.

48. Por último, en el párrafo 2 del texto inglés se han sustituido las palabras «shall prejudice» por «shall preclude», que traducen con más exactitud la fórmula francesa «s'oppose».

49. El Sr. AL-BAHARNA desearía que se le explicara la referencia que se hace en el párrafo 1 a los actos cometidos antes de la «entrada en vigor» del código. En los ordenamientos jurídicos nacionales, las leyes promulgadas entran en vigor a partir de su publicación en el boletín oficial, o desde el momento fijado en la propia ley. Ahora bien, el código constituirá un convenio internacional cuya entrada en vigor dependerá de que se haya consignado en poder del depositario cierto número de ratificaciones. De ese modo, pueden surgir problemas con respecto a los crímenes cometidos en la fecha en que se haya recibido la última ratificación necesaria o justo antes de esa fecha. Agradecería al Presidente del Comité de Redacción que le aclarase ese punto.

50. El Sr. TOMUSCHAT (Presidente del Comité de Redacción) dice que se trata de un problema complejo, y que es más fácil hacer preguntas que responder a ellas. Es cierto que la entrada en vigor de los instrumentos internacionales depende de que el depositario haya recibido el número requerido de ratificaciones. Conviene recordar, sin embargo, que el tratado será obligatorio respecto de cada Estado parte sólo a partir de la fecha en

que haya sido aceptado por ese Estado. El hecho de que la fecha de entrada en vigor del instrumento no sea la misma para todas las partes plantea problemas muy difíciles. Los miembros de la Comisión quizás sostengan opiniones diferentes acerca de la fuerza jurídica del futuro código con respecto a los distintos Estados partes. Algunos defenderán la aplicación de la regla *res inter alios acta*. Su opinión es que, de conformidad con las disposiciones aplicables de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, habrá diferentes fechas de entrada en vigor para los diferentes Estados partes. La Comisión no puede ciertamente resolver en esta oportunidad esos difíciles problemas.

51. Conviene recordar, sin embargo, que muchas de las disposiciones del código se incorporarán a los ordenamientos jurídicos nacionales, en cuyo caso no se planteará ningún problema con respecto a la entrada en vigor. Los Estados estarán facultados para instruir una causa penal por cualquiera de los actos penados por el código en virtud de sus ordenamientos jurídicos nacionales.

52. El PRESIDENTE dice que en la presente etapa la Comisión no está tratando la cuestión de la entrada en vigor del código.

53. El Sr. McCAFFREY señala, en relación con el párrafo 1 del artículo 8, una cuestión análoga a la planteada por el Sr. Barboza con respecto al párrafo 2 del artículo 7. Opina que la fórmula «condenado en virtud del presente Código por actos cometidos...» debería sustituirse por «condenado en virtud del presente Código por un crimen basado en actos cometidos...». No propone ahora que se modifique el texto, pero desea que esa cuestión se examine más adelante.

54. El Príncipe AJIBOLA dice que sería conveniente eliminar las palabras finales del párrafo 2 del artículo 8, «o del derecho nacional aplicable de conformidad con el derecho internacional». No es necesario que el código dé validez al derecho nacional de un país. El Estado interesado podrá perseguir el crimen, se haya incluido o no ese pasaje.

55. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que las disposiciones del artículo 8 ponen de relieve la necesidad de que el Estado, al procesar al autor de un crimen, observe ciertos principios de derecho internacional.

56. El Sr. TOMUSCHAT (Presidente del Comité de Redacción) insiste en que la mayoría de los crímenes incluidos en el proyecto de código ya son punibles en virtud de las leyes penales nacionales. Por ejemplo, la mayoría de esas leyes incluyen disposiciones sobre el castigo de los crímenes de guerra. No hay que interpretar la regla enunciada en el párrafo 1 del artículo 8 como un obstáculo a la persecución del crimen frente a los tribunales nacionales antes de la entrada en vigor del código.

57. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide aprobar provisionalmente el artículo 8.

⁶ *Ibid.*, págs. 14 a 16.

ARTÍCULO 10 (Responsabilidad del superior jerárquico)

58. El Sr. TOMUSCHAT (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 10⁷ propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

Artículo 10.—Responsabilidad del superior jerárquico

El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad penal si éstos sabían, o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen, y si no tomaron todas las medidas posibles a su alcance para impedir o reprimir ese crimen.

59. El artículo 10 se basa en el párrafo 2 del artículo 86 del Protocolo adicional I⁸ de los Convenios de Ginebra de 1949. Su propósito es que se pueda tener al superior jerárquico por responsable de los actos de sus subordinados. Como es evidente que no existe la intención de desviarse del artículo 86 del Protocolo adicional I, se han introducido en el texto anterior del artículo 10 algunos cambios de estilo para que su enunciado se ajuste más a dicho artículo. Por ejemplo, se ha sustituido en el texto inglés la palabra «possessed», antes de «information», por «had», y se ha suprimido el adverbio «prácticamente» antes de la palabra «posibles».

60. El Comité de Redacción, sin embargo, examinó dos cuestiones de fondo. Se advertirá que el artículo 10 establece dos requisitos distintos para que se pueda tener por responsable al superior jerárquico. El primero es que tenga conocimiento de que el subordinado está cometiendo o va a cometer un crimen. Ese criterio comprende dos elementos: la información misma y el hecho de que lleve a esa conclusión. Las palabras «si éstos sabían, o poseían información que les permitiera concluir» pretenden expresar esos dos aspectos del requisito del conocimiento. Las palabras «que les permitiera concluir» no corresponden exactamente al texto del párrafo 2 del artículo 86 del Protocolo adicional I. El motivo es que los textos francés e inglés de dicho artículo son algo diferentes: el texto francés dice «leur permettant de conclure», mientras que el texto inglés dice «should have enabled them to conclude». Así, pues, el texto inglés parece ampliar el alcance de ese tipo indirecto de responsabilidad mucho más allá que el texto francés. El Comité de Redacción ha decidido seguir el texto francés, en la inteligencia de que el comentario relativo al artículo explicará que no se ha tenido la intención de apartarse del significado atribuido al párrafo 2 del artículo 86 del Protocolo adicional I. El comentario indicará asimismo que el requisito del conocimiento significa que la información recibida por el superior jerárquico debe ser suficiente para servir de base a la conclusión de que el subordinado está cometiendo o va a cometer un crimen; no es necesario que el superior jerárquico haya deducido realmente esa conclusión. Si no se ha molestado en leer los informes que contenían la información, o si los ha leído pero no ha sacado la conclusión que se imponía, aun cuando la información contenía todos los elementos necesarios para poner de mani-

fiesto la naturaleza punible del acto, el superior jerárquico no estará exento de responsabilidad criminal.

61. El segundo requisito para tener por responsable al superior jerárquico es su poder para impedir la comisión del crimen del subordinado. El Comité de Redacción ha tropezado también con ambigüedades en relación con ese requisito. No está claro si la idea de poder se limita al poder material, como los medios prácticos o las medidas posibles para impedir la comisión del crimen, o si comprende también el poder jurídico o competencia del superior jerárquico para refrenar a su subordinado. El Comité de Redacción ha estimado que el artículo debería enunciar ambos criterios: el superior jerárquico debe tener jurídicamente competencia para impedir que el subordinado cometa el crimen y, además, debe disponer de los medios prácticos para ello. Las palabras «todas las medidas posibles a su alcance» tienden a poner de relieve que es preciso que se reúnan ambos criterios; esas palabras se utilizan también en el párrafo 2 del artículo 86 del Protocolo adicional I. El Comité de Redacción ha considerado que debería explicarse en el comentario que ese poder presenta dos facetas: una de hecho y otra jurídica.

62. No se ha modificado el título del artículo 10.

63. El Sr. McCAFFREY felicita al Relator Especial y al Comité de Redacción por un excelente artículo, que regula atinadamente muchos puntos difíciles.

64. Advierte que se emplea la expresión «responsabilidad penal», aunque el artículo no determina la naturaleza de esa responsabilidad. ¿Se trata de la responsabilidad en virtud del código o en virtud del derecho nacional? Quizás fuera mejor sustituir las palabras «responsabilidad penal» por «responsabilidad en virtud del presente Código», lo que estaría en consonancia con el artículo 3 aprobado provisionalmente por la Comisión en su anterior período de sesiones⁹.

65. El Sr. EIRIKSSON apoya esa propuesta.

66. El Sr. TOMUSCHAT (Presidente del Comité de Redacción) dice que ese aspecto no fue examinado por el Comité de Redacción. No se introduciría ningún cambio de fondo si se sustituyeran las palabras «responsabilidad penal» por «responsabilidad en virtud del presente Código».

67. El PRESIDENTE señala que el artículo 10 no versa sobre ningún otro tipo de responsabilidad, de suerte que la expresión «responsabilidad penal» está clara. Propone que no se modifique el texto del artículo 10.

Así queda acordado.

Queda aprobado el artículo 10.

ARTÍCULO 11 (Carácter oficial y responsabilidad penal)

68. El Sr. TOMUSCHAT (Presidente del Comité de Redacción) presenta el texto del artículo 11¹⁰ propuesto por el Comité de Redacción, que dice:

⁹ Véase nota 6 *supra*.

⁷ Para el texto presentado por el Relator Especial y un resumen del debate de la Comisión en su período de sesiones anterior, *ibid.*, pág. 12, nota 36 y párrs. 56 y 67.

⁸ Véase 2054.ª sesión, nota 9.

¹⁰ Para el texto presentado por el Relator Especial y un resumen del debate de la Comisión en su anterior período de sesiones, véase *Anuario... 1987*, vol. 11 (segunda parte), pág. 13, nota 38 y párrs. 58 a 61.

Artículo 11.—Carácter oficial y responsabilidad penal

El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y en especial el hecho de que haya actuado como jefe de Estado o de gobierno, no lo eximirá de responsabilidad penal.

69. El artículo 11 tiene por objeto poner de relieve el hecho de que el carácter oficial de un individuo autor de un crimen penado por el código no lo exime de responsabilidad penal. Aun en los casos en que ese individuo ocupe la más alta posición oficial, como la de jefe de Estado o de gobierno, seguirá siendo penalmente responsable.

70. El artículo 11 se basa en el Principio III de los Principios de Nuremberg¹¹. Se advertirá que la palabra *perpetrator* del texto anterior ha sido reemplazada por *individual*, de acuerdo con el artículo 3, aprobado provisionalmente por la Comisión¹². En el texto francés se ha mantenido la palabra «auteur», puesto que corresponde al texto francés del artículo 3 y al nuevo texto inglés del artículo 11. Para eliminar cualquier equívoco, en el comentario se explicará que *auteur* es un término amplio que comprende al individuo que ha cometido el crimen, los coconspiradores, cómplices, etc., y no se limita sólo al autor directo del crimen.

71. Se advertirá que el texto inglés del artículo 11 está redactado en presente, mientras que el Principio III de los Principios de Nuremberg se redactó en pasado. El Comité de Redacción ha opinado que, como el artículo 11 se refiere a muchas situaciones que pueden surgir en el futuro, a diferencia de los Principios de Nuremberg, que se referían fundamentalmente al pasado, debe redactarse en presente.

72. El artículo 11 enuncia dos principios. El primero es que el carácter oficial de la persona acusada de un crimen penado por el código no la excluye del ámbito de aplicación de éste, aunque ejerza el cargo de jefe de Estado o de gobierno. No habrá, pues, inmunidad respecto de la aplicación del código como consecuencia del cargo del acusado. El segundo principio es que la excepción alegada por el acusado de haber actuado en el desempeño de sus funciones oficiales no lo eximirá de responsabilidad penal. Esta es realmente la esencia misma del código: correr el velo del Estado y perseguir a los que son materialmente responsables de los crímenes cometidos en nombre del Estado como entidad abstracta. Se han modificado las palabras «el hecho de que sea jefe de Estado o de gobierno» del texto anterior por «el hecho de que haya actuado como jefe de Estado o de gobierno», para subrayar que el código se centra en el momento de la comisión del crimen.

73. El Comité de Redacción convino en que en el comentario se explicarían con más detalle los dos principios expresados en el artículo 11 y su objeto, a fin de no dejar ninguna ambigüedad que pueda dar lugar a una interpretación equivocada.

74. Se ha modificado el título del artículo para que corresponda más exactamente a su contenido.

75. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide aprobar provisionalmente el artículo 11.

Queda aprobado el artículo 11.

76. El PRESIDENTE dice que no sería aconsejable presentar ahora el artículo 12, ya que la Comisión no tendría tiempo de examinarlo, y es mejor que los miembros tengan la presentación fresca en sus mentes cuando lo hagan. Sugiere que el poco tiempo que resta de la presente sesión lo utilice un grupo oficioso para preparar una nueva versión del párrafo 5 del artículo 7, a fin de presentarla a la Comisión en la sesión siguiente.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 17.55 horas.

2085.ª SESIÓN

Viernes 22 de julio de 1988, a las 10 horas

Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH

más tarde: Sr. Ahmed MAHIOU

Miembros presentes: Príncipe Ajibola, Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucouinas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yan-kov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) [A/CN.4/404², A/CN.4/411³, A/CN.4/L.422]

[Tema 5 del programa]

PROYECTOS DE ARTÍCULOS
PROPUESTOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN
(conclusión)

ARTÍCULO 7 (Cosa juzgada)⁴ (conclusión)

1. El Sr. TOMUSCHAT (Presidente del Comité de Redacción) recuerda que en la sesión anterior se dejó pendiente de decisión la aprobación del párrafo 5 del artículo 7. Un grupo de trabajo oficioso ha vuelto a redactar ese párrafo en francés, cuyo texto español, sin perjuicio de los posibles cambios de estilo, diría lo siguiente:

¹ El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

² Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

⁴ Para el texto, véase 2083.ª sesión, párr. 63.

¹¹ Véase 2053.ª sesión, nota 8.

¹² Véase nota 6 *supra*.